

Comentários à nova Lei de Tóxicos – lei 11.343 de 23 de agosto de 2006.

Pedro H. S. Pereira - UFSJ/IPTAN

Bacharel em Direito - IPTAN

Fone: (32) 3373-5269

e-mail: pedrohpereira@yahoo.com.br

Data de recepção: 30/08/2007

Data de aprovação: 09/11/2007

RESUMO: Com as atuais modificações trazidas pelo legislador para uma maior adequação da lei penal à realidade brasileira, o advento da lei 11.343, relativa a novos procedimentos, crimes e penas aos relacionados a substâncias entorpecentes legalmente proibidas, abre espaço para o tecer de comentários no que concerne a algumas de suas mais relevantes modificações, e críticas a absurda ampliação das penas de multa: critério subjetivo do juiz na dosimetria penal, conforme o artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Descriminalização. Entorpecente. Novidade. Pena.

Introdução

Mais de trinta anos se passaram desde a promulgação da antiga lei de tóxicos, a famigerada lei 6.368 de 21 de outubro de 1976. Como amplamente ressaltado por inúmeros doutrinadores, a dinâmica presente na sociedade faz com que novas concepções e interpretações sejam elas doutrinárias ou jurisprudenciais, venham surgindo como modo de suprir a lacuna deixada pela imperfeição a partir da qual o legislador é obrigado a se submeter em quando do aprovar das leis.

O surgimento da nova lei de entorpecentes, a 11.343 de 23 de agosto de 2006, vem de forma mais madura tratar a questão do tráfico e uso de entorpecentes, fazendo uma interpretação mais condizente com os atuais moldes sociais nos quais os indivíduos se inserem, vez que a dinamicidade presente nas questões sociais necessita do sempre gradativo adequar legal.

Desta forma, pretender-se-á ressaltar no presente trabalho algumas das mudanças trazidas pela nova lei, concomitantemente aos reflexos e repercussões oriundos de sua

recente interpretação no meio social, tentando a medida do possível, estabelecer uma comparação com os parâmetros utilizados por sua precedente, e alguns impactos trazidos junto à recente interpretação pretória.

1- Das penas e procedimento criminal nos casos de autuação de dependentes e usuários

1.1) Art. 28- Questões relativas à aplicabilidade das sanções penais descritas em seus incisos

A comunidade jurídica já está acostumada com a corriqueira menção forense ao art. 16 da lei 6.368, referente aos dependentes e usuários de entorpecentes. Eis seu enunciado:

Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Após a discussão se focar na possibilidade de aplicação do art. 76 (transação penal) da lei 9099/95 ao uso de entorpecentes, a atual discussão doutrinária volta-se à questão da despenalização trazida pela lei nova, àqueles considerados como usuários, no que toca ao enunciado do art.28 e seus incisos:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Segundo a concepção do Prof. Luiz Flavio Gomes em seu artigo “Nova Lei de Tóxicos: descriminalização de posse de droga para consumo pessoal”, as penalidades impostas pela nova lei não consideram mais as condutas de usuário ou dependente como crime, tendo ocorrido uma “descriminalização”, pois segundo o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, "considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena

de reclusão ou detenção, [...]; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas [...]" e neste diapasão, as penas impostas pelos incisos do art. 28 da lei 11.343/2006 fogem da legiferada alçada penal, pois têm caráter diferenciado ao da previsão do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal.

É mister tratar-se de um parcial equívoco a concepção descriminalizatória do Prof. Luiz Flávio Gomes, pois a Carta Magna deixa bem clara a possibilidade de aplicação de penas alternativas no inc. XLVI do art. 5º, por meio de prestação social alternativa, e suspensão ou interdição de direitos, modalidades das quais a concepção tida nos incisos II e III do art. 28 da lei 11.343 não se desalinha. No mais, a descriminalização não parece ter sido a intenção do legislador, pois este inseriu o art. 28 no capítulo III, relativo aos “crimes e penas”, e não em demais relacionados a outras espécies de sanções.

Em menção à pena de advertência descrita no inciso I do artigo 28, acreditamos não ter natureza de sanção penal, pois como aborda o mestre Clóvis Alberto Volpe Filho em seu artigo “Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas”, esta não traz em seu bojo as bases sobre as quais devem se alicerçar as penas impostas no âmbito criminal, a se regerem pela reprovação e prevenção de novos delitos, com vistas à reinserção do indivíduo na sociedade.

No mais, as advertências sobre os efeitos das drogas já são práxis em quando da aplicação de penas alternativas a usuários nos Juizados Especiais, pois os juízes comumente fazem menção à reprovabilidade do uso de drogas, referindo-se às conseqüências de sua contínua utilização e porte, donde não pode-se ver a simples advertência como meio coator alicerçado nas aludidas bases coercitivas de prevenção e reinserção.

Para obstacularizar o senso de descriminalização, é importante a utilização das sanções penais impostas através dos incisos II e III do art. 38 da lei 11.343 em concomitância à advertência verbal. Por inobservar os pressupostos principais sobre os quais devem se constituir as penas do sistema criminal pátrio (reprovação e prevenção), a advertência verbal não deve ser considerada por si só um modo de pena alternativa aos casos de incursão no art. 28. Se a prestação jurisdicional continuar no seguimento de tal diretriz, a problemática da descriminalização abordada pelo professor Luiz Flávio Gomes será a evidência de que o legislador teve realmente por fim, a legalização do uso de

entorpecentes.

Como já se percebe, a maioria dos infratores vem tendendo por meio de seus advogados à aplicabilidade da pena do inciso I do art. 28, por ter em tese, natureza menos gravosa. Referida prerrogativa deveria se restringir apenas aos casos de extrema impossibilidade da aplicação dos incisos II e III, em exemplos de pessoas extremamente pobres que não podem deixar de trabalhar para o cumprimento de prestação de serviços, ou custear o transporte até locais em que são fornecidos programas e cursos educativos. Adversamente, a aplicação do art. 28 I já é prática nos diversos pretórios nacionais, e tem axiomatizado a compreensão de que realmente ocorrera uma despenalização ao uso e dependência de entorpecentes. A única dúvida que resta ser sanada, é a da verdadeira intenção do legislador ao trazer o tratamento citado aos autuados pelo art. 28.

1.2) A grande inovação trazida pelo § 1º do art. 28

Lê-se no § 1º do art. 28 da nova lei, que são incurso nas penalidades do art. 28 aqueles que para seu consumo pessoal semeiam, cultivam ou colhem plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. Havia grande divergência acerca da mencionada tipificação, pois não se sabia qual o modo de enquadramento mais equânime daquele autuado pela plantação de ervas como a *cannabis sativa*, para seu consumo pessoal. O entendimento adotado majoritariamente pela doutrina, foi de que seria fato atípico, pois não havia previsão acerca do assunto na lei 6.368, que no § 1º II do art. 12, definia o plantio apenas de forma genérica:

[nas mesmas penas incorre quem indevidamente] semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

É óbvio que mesmo aplicada tendo em vista o *quantum* mínimo (3 anos), a pena para aquele que fizesse o plantio para fins pessoais era bem elevada, pois não trazia a

possibilidade de seu abrandamento pelos institutos da transação penal (art. 76 da lei 9099/95), ou *sursis* processual (art. 89 da lei 9099/95) aos não reincidentes. Assim, o legislador com vistas a estabelecer uma pena condizente à conduta bem menos gravosa à do plantio para fins comerciais, estabeleceu no § 1º do art. 28 da nova lei, o tipo relativo ao plantio para uso pessoal, como relata o prof. Clóvis Alberto Volpi Filho:

De mais a mais, a nova lei sancionada tratou de pôr fim a uma anomalia existente na antiga lei. Antes, o sujeito que cultivava uma planta de maconha para uso próprio poderia responder pelo crime de tráfico, pois essa conduta não diferenciava aquele que plantava para o tráfico daquele que cultivava para uso. Chegou-se a ponto de criar uma ponte invisível, ferindo o princípio da legalidade, tipificando tal conduta no art. 16, da Lei n. 6.368/76, justamente para harmonizar a conduta com a sanção. Passa-se, a partir da nova lei, a ter tipificação distinta. O sujeito que semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de droga, para consumo pessoal, não mais recebe pena privativa de liberdade (art. 28, § 1º, Lei Anti-Droga). Equiparou-se tal conduta à posse de drogas para consumo próprio.

É importante lembrar que aquele que planta para fins particulares, deixa de subsidiar o tráfico e destinar pecúnia às inconveniências sociais, o que corrobora o entendimento de que a penalidade aplicada em determinados casos ao plantador com fins individuais em tempos passados, não deveria continuar a se suceder. Obviamente o legislador não deixou de prever pena mais grave para o plantio com fins comerciais, assim dipondo no § 1º II do art. 33 da lei 11.343. Com a penalidade mais elevada do que a da legislação anterior, passando de 3 a 15 para 5 a 15 anos de reclusão, o plantio em série continuará com sua coerção legal plenamente efetiva, tornando-se formalmente ressaltados os casos de plantio para uso pessoal.

1.3) Uma maior agilização do procedimento Criminal a ser utilizado para com os dependentes e usuários

Quanto ao procedimento criminal, a nova lei prevê no § 1º do art. 48, que o agente de qualquer das condutas previstas no art. 28, será julgado de acordo com o disposto na lei dos Juizados Especiais Penais (lei nº9099/95- art. 60 e ss.). Tal dispositivo evita a ocorrência da prisão em flagrante, desde que o autuado se comprometa ao comparecimento na sede do juízo competente para o julgamento, (o artigo 48 em seu §5º expressa a

possibilidade de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa pelo Ministério Público nos termos do art. 76 da 9099/95) após lavrado o termo circunstanciado de ocorrência, e providenciadas as requisições dos exames periciais necessários (§2º).

Percebe-se que a inovação trazida pelo art. 48 e seus parágrafos, veio sedimentar um entendimento já adotado após a promulgação da lei dos Juizados Especiais Federais (10.259), que trouxe junto ao enunciado do parágrafo único de seu art. 2º, o entendimento de que infrações de menor potencial ofensivo seriam aquelas com pena não superior a dois anos, e que mesmo as de procedimentos especiais, (como era o do art. 16 da lei 6.368/73, que rezava a necessidade de perícia técnica para constatação da natureza da substância- art. 22 § 1º) seriam também de competência dos Juizados Especiais.

Cabe ainda ressaltar que o fato de não se impor mais prisão em flagrante como era definido pelo art. 21 da 6.368/73, acaba por propiciar uma maior agilidade investigatória (pois o Delegado não tem mais que proceder às formalidades legais que eram previstas no artigo 21) e processual, pois viabiliza uma constatação e punição mais rápida e diligente ao infrator, seguindo *strictu sensu* as finalidades dispostas na lei dos Juizados Especiais. Em sentido ampliado, as atenções investigatórias poderão ser voltadas a casos de complexidade e resolução intrincada, trazendo um retorno mais ligeiro a toda sociedade.

2- Das penas e relevantes modificações trazidas pelo art. 33

2.1) Os aumentos da multa e da pena mínima do *caput* do art. 33

Uma das modificações mais relevantes que pode-se perceber no artigo 33 da lei 11.343 é o aumento de sua pena mínima para cinco anos, bem como o abusivo acréscimo da pena de multa aos comumente denominados traficantes ou vendedores:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.” (grifo nosso)

Como meio comparativo, veja-se como era o enunciado no art. 16 da lei 6.368:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (grifo nosso)

Além da significativa ampliação da pena mínima, que subiu para cinco anos, vedando a possibilidade de regime inicial aberto nos casos de aplicação desta (art. 33 CPB), ocorreu o absurdo aumento da pena de multa (500 a 1.500 dias-multa), que vigora como amplamente desnecessária, pois o Código Penal dispõe que a pena de multa máxima será de 360 (trezentos e sessenta) dias multa, podendo o Juiz, nos casos cujos perceber que pela condição financeira do agente a aplicação da pena máxima não atenderá a seus fins reprovadores, aplicar pena até cinco vezes superior ao maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, como mencionado no art. 43.

2.2) Novas penas para indutor, instigador ou auxiliador do uso indevido de drogas

No caso do §2º do art. 33, há a ocorrência de um caso de diminuição de pena àquele que de alguma forma incentiva ou concorre para a utilização de droga indevida por terceiro. A pena prevista pela legislação anterior ao indutor, instigador ou auxiliador era a mesma do *caput* do art. 12 (3 a 15 anos, e pagamento de 50 a 360 dias-multa) relativo ao tráfico de entorpecentes, o que demonstrava uma grande divergência, pois mesmo que a pena aplicada fosse a mínima prevista pelo artigo, (três anos) seria iníqua frente à conduta daquele que vende ou oferece a droga de forma explícita.

Assim, o §2º do art. 33 da nova lei trouxe a referida inovação, diminuindo a pena do incentivador para um a três anos, e mantendo uma pena de multa relativamente similar à anterior (100 a 300 dias-multa), se for levado em conta o desmedido aumento disposto às penas do *caput* e incisos do § 1º do art. 33.

Em consideração à diminuição da pena ao incentivador do uso de drogas, há de se convir que há mais de trinta anos, a conscientização pueril no que tange ao uso de drogas não era tão elevada como a deste início de século, o que obviamente propiciou a penalidade compassada à relativa ao *caput* do art. 12 na década de 70. Pode ser que hajam críticas no sentido de que o incentivo ao uso de entorpecentes crescerá. Porém, os fins equânimes a que se deve atar o Direito Penal não podem coadunar com penas que vão além da realidade na qual a sociedade está remetida: atualmente a juventude tem uma noção demasiado clara do importuno trazido pelas drogas, e sabe muito bem o porquê do não.

2.3) A penalização daquele que oferece droga a pessoa de seu relacionamento para consumo conjunto

Mais uma das inovações trazidas pela lei 11.343 é a aplicação de pena ao indivíduo que oferece droga eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento para consumo em concomitância (art. 33 § 3º). A penalidade é de detenção de 6 meses a um ano e a aplicação de multa de 700 a 1.500 dias-multa.

Tomando uma simples interpretação, parece ser este um artigo que terá pouca utilidade, pois além da grande delimitação do tipo penal (eventualmente e sem objetivo de lucro, à pessoa de seu relacionamento para juntos consumirem), há uma grande complicação em se provar o oferecimento do entorpecente à vítima com o fim de consumo conjunto.

2.4) Causas que permitirão a redução da pena do art. 33

Através do §4º do art. 33 da nova lei, apreende-se que:

Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Como se vê, há na nova lei alguns motivos de relevância para que o apenado pleiteie um abrandamento de sua pena quando primário e de bons antecedentes. Mas esta deixa expressa a impossibilidade da conversão das penas de prisão e detenção em penas restritivas de direito, proibindo ainda a redução descrita no § 4º, a indivíduos que se dediquem a atividades e organizações criminosas, o que parece decisão mais do que acertada, haja vista a maior periculosidade dos mesmos.

A lei 6.368/76 não tinha em seu âmago quaisquer disposições neste sentido, pelo que se subentendia a aplicação dos dispositivos do Código de Processo Penal, conforme o caput do art.20 da lei 6.368: “O procedimento dos crimes definidos nesta Lei reger-se-á pelo disposto neste capítulo, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Penal.” Assim, a aplicação de penas Restritivas de Direitos nos termos do art. 43 do Código Penal podia ser mantida até em casos de reincidência (art. 44 § 3º), o que permitia a continuidade da venda, exportação e preparação de drogas pelos criminosos, antes mesmo de cumprirem parte da prescrição criminal...

Uma grande polêmica é deixada pelo *caput* do art. 44, que veda a liberdade provisória aos incursos nos arts. 33, e 34 a 37 da lei 11.343, entrando em conflito com uma recente modificação na lei de crimes hediondos (lei 11.464, que modificou o art. 2º da lei 8.072), que excluiu a vedação à liberdade provisória ao tráfico de entorpecentes. Qual das duas leis deve ser aplicada? A mais recente, ou a específica?

Segundo o prof. Luiz Flávio Gomes, “cabe, doravante, liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados.” Seguindo a mesma linha, o delegado Eduardo Luiz Santos Cabette afirma que “o dilema deve solucionar-se pela possibilidade de concessão de liberdade provisória sem fiança [...] para os casos de tráfico,” pois com base no princípio da isonomia, o suspeito de tráfico não deve ter tratamento diferenciado ao dado aos suspeitos de crimes como tortura, homicídio qualificado e outros. Com base no rechaçado, acreditamos pela aplicabilidade da liberdade provisória aos casos dos arts. 33, e 34 a 37 da nova lei de tóxicos, pois como bem leciona o magistrado Amaury Silva, “seguindo uma interpretação sistemática e teleológica, [...] é irresistível o apontamento de uma conclusão de que mesmo para o crime de tráfico de drogas, doravante, em tese é admissível a liberdade provisória [...].”

2.5) Relevância do aumento da pena de multa nos arts. 34 e 35

Os artigos 34 e 35 da lei 11.343, relativos respectivamente ao maquinário que concorre de alguma forma para a preparação, produção, fabricação ou transformação de drogas, e à associação de indivíduos para fins de tráfico (art. 33), continuam com as mesmas penas definidas pela legislação anterior, porém com multas também elevadas demasiadamente como se visualizará no comparativo abaixo:

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1o, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do *caput* deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei. (grifo nosso)

Abaixo o enunciado disposto nos arts. 13 e 14 da lei 6.368/73:

Art. 13. Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Art. 14. Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos Arts. 12 ou 13 desta Lei:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (grifo nosso)

A modificação de maior relevância foi trazida pela legislação nova é a inclusão do § único ao art. 35 que, como se versará no próximo subtítulo, enquadra também no associos os chamados “financiadores” do tráfico. A redação dada ao art. 35 visa suprimir a criação de “empresas” de tráfico, intensificando a penalidade a tais grupos, e possibilitando o afastamento destes à sociedade por mais tempo. Quanto ao aumento excessivo das penas de multa, retome-se sua desnecessidade, pois como sustentado no tópico 2.1, mesmo com o advento da nova lei, fica a critério do juiz a definição das penas-base a serem aplicadas.

2.6) Das penas para o financiador

Esta pode ser considerada uma das grandes modificações advindas pela promulgação da nova lei, pois pela anterior, não havia tipo específico para se enquadrar um dos grandes mantenedores da balbúrdia na sociedade brasileira.

Certamente o custeador é o maior criminoso em toda a estrutura do tráfico, pois financia sua efetivação, e concorre criminosamente para o aumento do poder paralelo e a inserção de mais e mais indivíduos no mundo do indecoro e da criminalidade. Não é a toa que o legislador quis puni-lo com a pena mais alta das aplicadas pela nova lei:

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1o, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa. (grifo nosso)

Sobre a pena de multa, pode-se concordar por sua aplicação mais elevada tendo em vista a óbvia condição financeira superior do condenado; porém esta também deve seguir os critérios definidos pelos artigos 42 e 43 da legislação nova, para que não fuja aos parâmetros sociais aos quais a regra penal deve também se destinar.

Como mencionado anteriormente, tem-se que a associação de financiadores também será punida nos conformes do parágrafo único do artigo 35, gerando uma possibilidade de pena ainda maior caso haja a fundada comprovação do conluio para o financiamento do tráfico. Percebe-se por clara a preocupação do legislador em uma severa penalidade ao transgressor do art. 36, que ao invés de imprimir suas posses para a sedimentação do *wellfarestate* (bem-estar social), aumenta a universalidade de desgraças àqueles que têm apenas o tráfico como

subsistência.

2.7) O informante: mais uma nova tipificação da lei

Segundo o art. 37, informante é aquele que colabora com grupo, organização ou associação destinada à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33 *caput* e § 1º, e 34 da nova lei, através da realização de préstimos como ir à compra de embalagens para a droga, fazer sua pesagem e embrulho, ou até mesmo dar alarma para que seja escondida, permanecendo continuamente em tocaia, durante seu preparo.

A penalidade prevista para art. 37 é a reclusão de 2 a 6 anos, bem como o pagamento de 300 a 700 dias-multa. Parece ser uma penalidade moderada, pois o informante, apesar de sua costumeira situação econômica inferior, tem grande importância para que o delito possa ser efetivado às ocultas da lei.

Este é mais um tipo penal que não era expressamente descrito pela norma anterior, e parece ser devido, pois “pune o indivíduo que não ‘põe a mão na massa’, porém atua prestativamente para os crimes de tráfico ou preparação de drogas...”. A punição a este ato não poderia deixar de se tornar evidente, pois com o crescente número de jovens que vêm tangendo por estas perspectivas, uma penalidade mais elevada pode ser um modo de se obstar à prática de tais procedimentos.

2.8) Do profissional que prescreve erroneamente droga

No enunciado do art. 38 da nova lei, pode-se ler que:

Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

É importante a atenção para a simples, mas evidente modificação ocorrida no que diz respeito ao sujeito ativo, que pela nova legislação não tem a mesma determinação da anterior(médico, dentista, farmacêutico e profissional de enfermagem). Assim, como ensina o jurista Pagliuca, qualquer outro profissional hábil a prescrever ou ministrar drogas como o psicólogo, pode ser enquadrado pelo artigo 38:

O novo tipo omitiu a qualificação do sujeito ativo, que antes era médico, dentista, farmacêutico e profissional de enfermagem. Assim, poderão estar incluídos outros profissionais, desde que também possam de modo regulamentar, prescrever ou ministrar.

. A pena de detenção de seis meses a dois anos é acompanhada da multa que aumentou de 30 a 100, para 50 a 200 dias-multa. Prece ser este um delito de difícil constatação, apesar de sua evidente ocorrência nos diversos leitos e enfermarias.

Afigura-se claro que a intenção primeira da lei ao ter mantido e implementado este artigo, é de que justamente o profissional do ramo sempre tenha severa atenciosidade com o principal bem protegido pelo Direito Penal: a vida.

2.9) Da condução de embarcação ou aeronave após consumo de drogas

Por último, há a implementação de mais um tipo advindo da nova regra penal: o da condução de aeronave ou embarcação após o consumo de drogas:

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa.

Parágrafo único. As penas de prisão e multa, aplicadas cumulativamente com as demais, serão de 4 (quatro) a 6 (seis) anos e de 400 (quatrocentos) a 600 (seiscentos) dias-multa, se o veículo referido no *caput* deste artigo for de transporte coletivo de passageiros.

Este é mais um dos tipos penais que não eram dispostos no preceito legal anterior, e que por fim foi acrescido pela legislação em vigência. Cabe apenas registrar o correto

alvitre do legislador, que deve sempre tem em primeiro patamar a preocupação com a vida. É evidente que o consumo de drogas antes da condução de embarcação ou aeronave traz junto a si riscos de perdas e danos irreparáveis não só a própria vida, mas também à de outrem que pode estar no banco do lado, ou passando pelas mesmas vias.

Considerações finais

Pelo exposto, percebe-se que a norma atual criou alguns tipos que há tempos necessitavam de alguma regulamentação, como o informante (art. 37.) e o financiador (art. 36.). Por outro lado, além de aumentar considerável e desnecessariamente as multas a alguns casos anteriormente descritos, implementou a pena de advertência verbal aos incursos no art. 28. Novidade ou ocorrência mais que tardia, é preferível acreditar que o escopo advindo da redação do art. 28 é apenas o de abrandar uma prática que já não necessita da coercividade regulamentada pela lei 6.368.

É bem provável que num futuro próximo a legalização dos entorpecentes no Brasil seja regra como já ocorre em alguns países europeus, vez que a proibição das drogas é deveras álibi para o exórdio de seu consumo. Além do mais, a juventude atual tem plena idéia e acesso aos malefícios advindos de entorpecentes, e o início de seu uso quase sempre é consciente. A ilegalidade continua a ser uma mina de dinheiro para a promoção e manutenção do poder paralelo nas favelas, contribuindo para a eternização de um sistema que apenas aumenta a discrepância na formação da cidadania nacional, e cerceia a dignidade de milhares de famílias espalhadas pelos guetos e favelas das cidades.

A polêmica da possibilidade da liberdade provisória gerada pelo art. 44 da lei, não deve ser vista como dúvida, vez que o direito segue a uma sistematicidade que reconhece a procedência da norma processual penal posterior que vem a beneficiar o precedentemente afirmado.

Além destes, muitos outros temas controversos surgirão, e por isso demonstra-se importante o desenvolvimento de larga escala de trabalhos que venham suscitar e esclarecer dúvidas e interpretações talvez equivocadas tidas pelas concepções presentes neste artigo. O mundo jurídico também é parte do contínuo processo dialético, dentro do qual o criticar deve sempre ser o objetivo do estudioso em busca da ardua manifestalidade.

Um bom tempo ainda passará, até que a nova lei de entorpecentes possa sedimentar-se jurisprudencial e doutrinariamente no país, da mesma forma que sua predecessora. Porém, com a sucinta abordagem redigida através destas linhas, esperamos contribuir com a paulatina consolidação a ser fomentada pelas diversas lacunas e interpretações possibilitadas por essa nova legislação.

Referencias

- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: CD, 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2006.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*.
- BRASIL. *Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940*.
- BRASIL. *Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976*.
- BRASIL. *Lei 8.072, de 25 de julho de 1990*.
- BRASIL. *Lei 9099 de 26 de setembro de 1995*.
- BRASIL. *Lei 10.759 de 12 de julho de 2001*.
- BRASIL. *Lei nº 11.313 de 28 de junho de 2006*.
- BRASIL. *Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006*.
- BRASIL. *Lei nº 11.414 de 28 de março de 2007*.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Reflexos da nova disciplina da liberdade provisória da Lei nº 11.464/07. *Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9735>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2008.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DAMASIO. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Comentada*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GOMES, Luiz Flavio. Nova Lei de Tóxicos: descriminalização de posse de droga para consumo pessoal. Disponível em: <<http://www.direitocriminal.com.br>>. Acesso em 15 de novembro de 2007.
- GOMES, Luiz Flavio. Nova lei de Tóxicos não prevê prisão para usuário. *Jus Navegandi*. <<http://jusnavegandi.com.br>> Acesso em 21 de outubro de 2007.
- GOMES, Luiz Flavio. Lei nº 11.464/2007: liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos. *Jus Navegandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9686>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2008.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Niterói: Impetus, 2006.
- HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Disponível em: <http://buscalegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em 20 de outubro de 2007.

MIRABETE, Julio F. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2001.

NETTO, Sergio de Oliveira. Não houve descriminalização do porte de entorpecentes para uso próprio. *Jus Navegandi*. Disponível em: <<http://jusnavegandi.com.br>> acesso em 21 de outubro de 2007.

PAGLIUCA, José Carlos G. Sumário penal e processual sobre a nova lei de Tóxicos. *Direito Net*. <<http://www.direitonet.com.br>> acesso em 03 de novembro de 2007.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Amaury. Crimes hediondos: Lei 11.464/2007 e os fatos pretéritos. *Direitonet*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/33/93/3393/>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2008.

VOLPE FILHO, Clóvis Alberto. Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas. *Jus Navegandi*: <<http://jusnavegandi.com.br>> acesso em 07 de outubro de 2007.

Comments on the New Law of Narcotics – Law number 11.343, August 23rd, 2006

Abstract: With the modifications introduced by the legislator for a better adequacy of penal law to the Brazilian reality, the advent of Law number 11.343, concerning new procedures, crimes and sentences related to narcotic substances prohibited by law, opens possibilities for comments about some of its most relevant modifications and about criticisms of the absurd ampliation of sentences of fine: judges' subjective criterion in penal dosimetry, according to Article 59 of the Brazilian Penal Code.

Keywords: Descriminalization – Narcotic – Newness – Sentence